



Roj: **SAP M 12962/2012 - ECLI: ES:APM:2012:12962**

Id Cendoj: **28079370192012100355**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **14/06/2012**

Nº de Recurso: **246/2012**

Nº de Resolución: **332/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RAMON RUIZ JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 19

MADRID

SENTENCIA: 00332/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 19

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 91 493 3815-16-86-87 Fax: 91 493 38 85

N.I.G. 28000 1 0004079 /2012

RECURSO DE APELACION 246 /2012

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 284 /2011

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de MADRID

Apelante/s: Jose Luis

Procurador/es: PEDRO MORENO RODRIGUEZ

Apelado/s: **GOOGLE SPAIN** S.L., EDICIONES EL PAIS S. L. , DIARIO ABC, S.L , MINISTERIO FISCAL

Procurador/es: RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA, ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN , FRANCISCO GARCIA CRESPO , SIN PROFESIONAL ASIGNADO

SENTENCIA NÚM. 332/12

Ponente: Ilmo. Sr. D. RAMÓN RUIZ JIMÉNEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ

D. RAMÓN RUIZ JIMÉNEZ

D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO

En Madrid, a catorce de junio de dos mil doce.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario 284/11, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 246/12, en el que han sido partes, como apelante D. Jose Luis , que estuvo representado por el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez; y de otra, como apelados **GOOGLE SPAIN** S.L., DIARIO ABC S.L. y EDICIONES EL PAÍS S.L.,



que vinieron al litigio representadas por los Procuradores D. Ramón Rodríguez Nogueira, D. Francisco García Grespo y D. Argimiro Vázquez Guillén, respectivamente, habiendo estado ambas partes defendidas por Letrado, y siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAMÓN RUIZ JIMÉNEZ, que expresa el común parecer de este Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre de 2011 el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Madrid en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que desestimando la demanda promovida por D. Jose Luis , representado por el procurador D. PEDRO MORENO RODRIGUEZ y asistido por el letrado D. FRANCISCO JESUS GRAGERA DE TORRES frente a **GOOGLE SPAIN** S.L., representado por el procurador D. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA y asistido por el letrado D. FRANCISCO JAVIER MARTINEZ BAVIERE, DIARIO ABC S.L. representado por el procurador D. FRANCISCO GARCIA CRESPO y asistido por el letrado Dª. TERESA RUANO MOCHALES y EDICIONES EL PAIS S.L., representado por el procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLÉN y asistido por el letrado D. LUIS FELIPE RUIZ-RIVAS GARCIA y siendo parte el MINISTERIO FISCAL debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos formuladas imponiendo las costas a la parte actora. "

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Jose Luis , que formalizó adecuadamente y del que, tras ser admitido en ambos efectos, se dio traslado a las demás partes, que se opusieron al mismo, remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que de inmediato se abrió el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el 12 de junio de 2012, se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los que contiene la sentencia recurrida, que se complementan con los que se exponen ahora.

PRIMERO .- Don Jose Luis , demandaba a **GOOGLE SPAIN** S.L., Diario ABC y Ediciones El País S.L. en relación a los hechos en que el demandante se vio imputado en los años 1993 y 1994 por estafa y apropiación indebida. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 13 de enero de 2004 le condenó por un delito de apropiación indebida, para posteriormente el Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de marzo de 2006 , al resolver el recurso de casación, absolverle. Suplicaba una sentencia que declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor, condenara a cesar a los demandados en su actividad y le indemnizaran en la suma de 839.660 euros. La sentencia acoge falta de legitimación pasiva respecto a **Google Spain** S.L. al resultar ser **Google** INC la que presta el servicio que facilita los enlaces. En cuanto a los codemandados, aprecia la existencia de caducidad, al amparo del art. 9.5 L.O. 1 de 1982, dictando sentencia desestimatoria de la demanda. Se alza contra ella el inicial demandante.

SEGUNDO .- De modo escueto, el escrito de interposición, se opone a la sentencia, en primer lugar, negando la falta de caducidad de la acción, lo que insta a través de los documentos 36 y 37 de la demanda y de las manifestaciones de las partes contrarias. Sin otra alusión al contenido de aquellos ni de estas, afirmando, eso sí que el acceso general, libre y gratuito al PAIS y ABC se produjo el 15 de noviembre de 2007 y en el año 2009.

Ha de tratarse a continuación el aspecto relativo a la caducidad de la acción, que aprecia la sentencia y se recurre por el apelante.

El art. 9.5 de la L.O. 1/1982 , establece que:

5. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

La Sentencia de esta misma Audiencia de 8-7-2009, sección 20ª, pone de relieve a la vista de dicha redacción, que la jurisprudencia ha venido sustentando dos teorías distintas respecto a cuál debe ser el día inicial, entendemos que debe prevalecer el criterio que atiende al carácter objetivo del momento en que se produce el supuesto ataque y que coincide con la fecha de la publicación por ser dicho momento cuando surge el derecho a ejercitar la pertinente acción, frente al criterio al subjetivo que atiende al momento en que el titular del derecho manifiesta haber tenido conocimiento del mismo, al originar este segundo criterio una inseguridad que vulnera



los más elementales derechos de defensa y contradicción de las partes, esencial en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido entendemos es de aplicación al caso la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 17 de julio de 2008 , en la cual, tras indicar la existencia de criterios discrepantes en la doctrina y jurisprudencia, acoge la interpretación literal que se deriva del texto del artículo 9.5 citado; es decir, la de la posibilidad de ejercitar la acción, que es lo que dice el precepto, de manera que debe equipararse la fecha de la publicación con la fecha de su conocimiento y la de la posibilidad de ejercitar la acción, situación que se produce desde el momento en el que la noticia sale a la luz y, por tanto, desde el momento en que puede perjudicar a la consideración pública de la persona legitimada activamente para su ejercicio. La postura contraria, además de crear la inseguridad a que antes nos hemos referido, requeriría, en todo caso, una prueba cumplida de la imposibilidad de haber tenido acceso a la noticia.

Como dice la sentencia de la A. Provincial de Badajoz de 30 de octubre de 2003: "sabido es que la caducidad o decadencia de derechos surge, cuando la Ley ha señalado el citado plazo fijo de cuatro años para la duración del derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización, y más en cuanto que los derechos o facultades jurídicas conceden a su titular la facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica, con el fin de producir una consecuencia de tal índole a favor del sujeto y a cargo de otros, lo que puede tener lugar haciendo cesar un preexistente estado de derecho hasta el punto de que, en definitiva, se es titular de la acción creadora y no del derecho creado, ya que para que surta éste es condición indispensable que se ponga en ejercicio en el plazo prefijado, pues si transcurre sin que la acción concedida se utilice desaparecen los derechos correspondientes, situación incluso apreciable de oficio." En análogo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 .

Es doctrina mayoritariamente seguida por las Audiencias Provinciales como fue, entre otras, la Sentencia de 7 de enero de 2004 dictada por la Sección 11ª de este Tribunal, que el plazo de caducidad , a diferencia del de prescripción, conlleva consecuencias tan relevantes como su apreciación de oficio, la imposibilidad de su interrupción y su conceptualización como de derecho material, remitiéndose a lo declarado por la jurisprudencia seguida, entre otras, por la STS de 28 de septiembre de 1998 en el sentido de que (la caducidad) presenta rasgos distintivos más severos que los de la prescripción, pues en aquella no se valora la falta de utilización de un derecho prescriptible, sino que se trata del cumplimiento de un plazo, previsto legal o convencionalmente, a cuyo término, en general, no es posible ejercitar un derecho o una acción determinados. En cuanto al inicio del cómputo del plazo de caducidad , la referida sentencia, tras indicar que el "dies a quo" se determina "desde que el legitimado pudo ejercitar las acciones", pone de manifiesto que, en la práctica, la concreción de esa fecha puede plantear problemas de interpretación, por lo que la doctrina jurisprudencial ha ofrecido soluciones tales como computar el plazo desde que el agraviado lo supo y pudo ejercitar la correspondiente acción (STS de 28 de mayo de 1990 EDJ1990/5582), pero concluyendo que "la doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente en este particular, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto".

TERCERO .- A la luz de lo expuesto y tomadas en consideración de las fechas de publicación de la noticia, la certeza inicial de la misma, corroborada por la existencia de un sentencia condenatoria, cierto que luego revocada, alejan la posibilidad de acoger el recurso y con ello la demanda. El demandante pudo ejercitar su acción cuando consideró lesionado su derecho al honor, manteniendo la pasividad presentando la demanda el 10 de febrero de 2011, casi dieciséis años después de aparecer la noticia publicada en El País y se incorporó en 1997 a la hemeroteca de ABC. No cabe mantener la acción durante el tiempo que la parte estima, más allá del término fijado en la ley creando la natural indefensión en las demandadas, en razón a la propia naturaleza y razón de ser del instituto de la caducidad, puesto de relieve en el fundamento que precede.

CUARTO .- También se recoge en el recurso, siquiera veladamente la discrepancia con la falta de legitimación pasiva de **GOOGLE SPAIN** S.L. que la sentencia acoge. La sentencia de esta Audiencia de 19-2-2010, sección 20 , resolvía un supuesto que cuestionaba la de quien ahora es asimismo demandada. En aquel caso, la demandada era **GOOGLE INC**, y no **GOOGLE SPAIN**, al contrario de lo que ahora ocurre. Se refería en aquel caso, a la alegación de aplicación indebida de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información , en especial los artículos 2,3 y 13 de la citada Ley, al entender la parte actora y ahora apelante que al no tener la entidad demandada domicilio social en España, no acreditado ni probado que tenga



actividad económica alguna en España, no le puede ser aplicable la ley 34/2002 de 11 de julio al no concurrir los requisitos del artículo 2 de dicho texto legal. Como pone de relieve la propia exposición de motivos de la citada Ley su finalidad es la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2000/31/Comunidad Europea, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico, en virtud de la cual se da un concepto amplio de los servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, por lo que el artículo 1 de la Ley 34/2002 viene a entender que dicha norma regula entre otras cuestiones el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones. Desde esta perspectiva, es un hecho no discutido en este litigio tanto en primera instancia como en esta alzada, que la pretensión que se ejercita frente a **GOOGLE INC**, tiene su origen en esa labor de intermediación, pues como se recoge en la sentencia apelada la intromisión ilícita que se alega en el derecho del honor, no lo es porque la entidad demandada sea la autora de los artículos aparecidos en prensa relativos a esa eventual vulneración al honor. Se le vincula, en este caso, porque la sociedad demandada a través de su buscador de páginas Web, permite mediante ese sistema de búsqueda que aparezcan enlaces con dichas páginas en las que se recoge esa información falsa y atentatoria al honor del ahora apelante, siendo por tanto aplicable dicha ley especial en la medida que la entidad contra la que se dirige la demanda lo es no porque sea autora de la información que se considera atentatoria contra el honor de la parte apelante, sino por el hecho de que a través de su sistema de búsqueda permite acceder a dicha información. En cuanto al ámbito territorial de aplicación de la Ley 34/2002 viene recogido en el artículo 2 de dicho texto legal, siendo aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, o bien en los supuestos en que el prestador de servicios opere mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad. La allí demandada, actúa en España actuando en España a través de una entidad filial, cuyo único socio fundador es la entidad demandada, la aquí demandada **GOOGLE SPAIN S.L.** En el caso que se comenta, en la que la demandada lo era **GOOGLE INC**, no **GOOGLE SPAIN**, se concluye, que la sentencia aplicó de manera el artículo 2 de la Ley 34/2002, a los efectos de tener por acreditado la existencia de una oficina de ventas de la demandada en España a través de la cual realiza toda o parte de su actividad dirigida al mercado español.

No obstante lo expuesto, el artículo 17 la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los prestadores de los servicios que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, por la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que se cumplan determinados requisitos, como son que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o que lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización o bien que teniendo dicho conocimiento actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, estableciendo dicho precepto que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo a los efectos de dicha exención de responsabilidad cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, precepto que es consecuencia de la transposición del artículo 13 de la Directiva 31/2000. Partiendo del hecho no discutido en esta alzada de que la entidad **GOOGLE** se limita a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos para el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no puede ser responsable del contenido de los datos transmitidos siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que entre en juego esa exención de responsabilidad.

El recurso, ha de fracasar asimismo por esta causa, atendidas las razones además de la caducidad que se examinan en cuanto a las demás demandadas.

QUINTO .- La desestimación del recurso comporta la condena a la apelante en las costas de la alzada (arts. 398 y 394 LEC).

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general aplicación



III.- FALLAMOS

DESESTIMAR EL RECURSO INTERPUESTO POR D. Jose Luis CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 7 DE SEPTIEMBRE DE 2011 DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE MADRID EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO 284/11 SEGUIDO CONTRA **GOOGLE SPAIN** S.L., DIARIO ABC S.L. Y EDICIONES EL PAIS S.L., CONFIRMANDO LA MISMA E IMPONIENDO A LA APELANTE LAS COSTAS DEL RECURSO.

Notifíquese esta sentencia a las partes y dése cumplimiento al art. 248.4 LOPJ .

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ